

PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Ordinamento giuridico



1. Nozione e problemi

2

- Un ordinamento è un **insieme di norme individuate da altre norme**, dette norme di struttura o **metanorme**.
- Le metanorme sono norme che prescrivono quali norme vanno considerate parte dell'ordinamento (stabilendo quali sono le autorità e le procedure preposte alla loro produzione).
- **Struttura gerarchica (o a gradi) degli ordinamenti giuridici**, norme superiori e inferiori: caratteri possibili ma non necessari dei sistemi normativi.
- **Norma fondamentale (o di riconoscimento)**, una nozione intesa in due sensi diversi:
 - In senso stretto, è una specifica metanorma che individua e fonda la validità di tutte le altre metanorme dell'ordinamento;
 - In senso lato è la **somma di tutte le metanorme dell'ordinamento**, dunque comprende tutti i criteri per decidere se una norma fa parte dell'ordinamento o meno.
- Concetto chiave nella teoria dell'ordinamento giuridico è quello di **validità**: **le norme si dicono valide quando fanno parte di un ordinamento in base ai criteri di appartenenza dell'ordinamento stesso.**



2. Esistenza di un ordinamento

3

➤ Quand'è che un ordinamento *esiste*?

➤ Due sensi principali di «esistenza» dell'ordinamento corrispondenti a modi diversi di intendere le norme giuridiche.

1. Punto di vista **normativo** (nel **contesto di giustificazione**, quello in cui si controllano le **ragioni dei discorsi**): **un ordinamento può essere considerato un meccanismo semiotico per la giustificazione di scelte pratiche** (dei funzionari, dei comuni cittadini ecc.).
 - Le sue norme vengono considerate astrattamente, come **significati normativi** e possibili **ragioni per agire e decidere**, che figurano in un ragionamento giustificativo di scelte pratiche.
 - Dire che **una norma esiste** o che è **valida**, in questa prospettiva, significa affermare che **se** accettiamo l'ordinamento e la sua norma fondamentale nel nostro ragionamento giustificativo, allora dobbiamo accettare anche le norme valide nell'ordinamento.
 - Il punto di vista normativo ha anche una componente descrittiva, consistente nel **conoscere norme e ordinamenti con lo scopo di proporli al giudizio pratico** proprio o altrui, cioè alla accettazione o rifiuto come possibili guide dell'azione.
 - Il ragionamento giustificativo è **un'astrazione**, non necessariamente qualcosa che avviene nella mente di qualcuno; si tratta piuttosto di ciò che chiunque può dimostrare sulla base di particolari principi e regole di ragionamento.
 - In questa prospettiva, le norme e gli ordinamenti esistono come **significati** normativi.



2. Esistenza di un ordinamento

4

2. Punto di vista **fattuale** (nel **contesto sociologico**, quello che descrive le **cause** e gli **effetti** dei discorsi): **gli ordinamenti possono essere descritti come fatti sociali che influenzano effettivamente i comportamenti.**
- Le norme, in questa prospettiva, non sono ragioni per agire ma **fattori più o meno efficaci** nella realtà sociale o storica.
 - Da questo punto di vista, un ordinamento è accostato come una serie di stimoli che causano comportamenti individuali o collettivi.
 - Un esempio è dato dalla sociologia del diritto intesa come scienza empirica e causale, che si concentra sulla descrizione e la spiegazione delle modalità con cui le norme giuridiche influenzano i comportamenti dei consociati procedendo con indagini sul campo e rilevazioni statistiche.
 - Oppure si pensi alle norme considerate nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, come incentivi o disincentivi all'azione.



3. Ordinamento e sistema normativo

5

- Il concetto di ordinamento (considerato dal punto di vista) normativo è più ampio di quello di **sistema normativo** (che è una specie del genere ordinamento), ma la terminologia varia.
- Di solito sono chiamati «sistemi normativi» gli **ordinamenti statici**, ossia quegli ordinamenti in cui le norme sono direttamente individuate dalle metanorme sulla base del loro **contenuto prescrittivo**, che deve essere **deducibile** da quello delle metanorme (gli ordinamenti **morali** sono perlopiù di questa specie).
 - Es: dalla norma che prescrive di amare il prossimo si possono derivare sia la norma che prescrive di amare gli amici sia la norma che prescrive di amare i nemici; dalla norma generale «tutti devono pagare le tasse» si possono derivare le norme individuali secondo cui Tizio, Caio, Sempronio ecc. devono pagare le tasse.
 - I sistemi statici possono cambiare le proprie norme solo in due modi:
 1. Data l'**indeterminatezza** e la **genericità** delle disposizioni normative, il significato delle norme da esse espresse può cambiare secondo l'interpretazione.
 2. Quando le norme rimandano a **concetti mutevoli nel tempo**, ad esempio le nozioni di pudore o di buon costume (sono a ben vedere norme parzialmente in bianco con rinvio a costumi sociali in costante evoluzione).
 - Ordinamenti statici come quelli morali possono fare evolvere le proprie norme in questo modo, oppure essere sostituiti da altri ordinamenti statici con diverse norme.



3. Ordinamento e sistema normativo

6

- I sistemi statici si oppongono agli **ordinamenti dinamici**, nei quali le norme vengono individuate non per il loro contenuto ma **per il modo in cui sono state prodotte**.
- Si parla di **produzione di norme giuridiche** in senso metaforico per designare degli **atti o fatti** a cui altre (meta)norme dell'ordinamento **ascrivono effetti normativi** (ad esempio la Costituzione ascrive a certe votazioni parlamentari degli effetti legislativi; l'atto redatto in un certo modo da un giudice vale come sentenza; la decorrenza del termine del 30 settembre 2027 vale come scadenza delle concessioni demaniali marittime ecc.)
 - Dopo l'occorrenza dell'evento (atto o fatto) a cui vengono iscritti effetti normativi, positivi o negativi, chi accetta l'ordinamento deve logicamente accettare anche le norme «prodotte» (o l'abrogazione di norme previgenti).
 - Questi discorsi sulla produzione delle norme non sono dunque discorsi sulla realtà sociale ma discorsi condotti da un *punto di vista normativo*, nel quadro della giustificazione pratica.
 - parliamo insomma di «produzione delle norme» nel **contesto di giustificazione**.
 - Si noti che non è richiesto che gli eventi/atti produttivi o abrogativi di norme siano di alcuna particolare natura.
 - possono essere atti umani o eventi di altro tipo, come il semplice passare del tempo
 - in particolare, non è necessario che si tratti di atti di volontà.



3. Ordinamento e sistema normativo

7

- **Nei diritti contemporanei si intrecciano meccanismi ordinamentali statici e dinamici.**
 - Ad esempio, nel caso della sentenza giudiziaria il contenuto è dedotto dal contenuto della legge (cosiddetto diritto «sostanziale»), ma è anche prodotto secondo le competenze e le procedure previste (dal diritto processuale c.d. «formale»).
 - Anche i meccanismi ordinamentali dinamici possono essere in parte 'bloccati', con delle discipline normative sottratte a ogni possibilità di modifica. In Italia, si pensi al divieto costituzionale di modificare certe norme o certi istituti, ad esempio il divieto di modificare la forma repubblicana dello Stato stabilito dall'art. 139 della Costituzione.
 - Vi sono poi meccanismi con cui le modifiche dell'ordinamento vengono rese più difficoltose, quali gli aggravati procedurali con cui certe costituzioni vengono rese «rigide».
 - Dunque, piuttosto che di ordinamenti giuridici statici o dinamici sarebbe bene parlare di **aspetti statici e dinamici degli ordinamenti giuridici.**



4. Validità

8

- La **validità** è l'**appartenenza di una norma a un ordinamento**.
- Una norma giuridica valida è una norma che risponde ai criteri di appartenenza che il singolo ordinamento giuridico stabilisce.
 - La validità di una norma dipende dunque dalle sue relazioni con le **metanorme** e in ultima analisi con la norma fondamentale o di riconoscimento, che riassume i criteri di validità dell'ordinamento in questione.
- Secondo Kelsen dalla validità dipende la specifica **esistenza** delle norme nel mondo del dover essere.
 - Una norma, per Kelsen, è valida **ed esiste** se è stata **prodotta conformemente a una norma superiore**; in cima alla piramide normativa sta la norma fondamentale che non è stata posta da alcuno ma è valida in quanto *presupposta* dal giurista.
 - Secondo alcuni critici Kelsen con questa tesi confonde la questione dell'appartenenza di una norma un ordinamento giuridico e la diversa questione dell'esistenza di un ordinamento giuridico.



4. Validità

9

- Rimedia a questa critica Herbert Hart, il quale distingue la questione della validità come **appartenenza** della norma a un ordinamento giuridico dalla questione della **esistenza dell'ordinamento giuridico**.
- Una norma è **valida** se appartiene a un ordinamento giuridico, ossia se soddisfa tutti i criteri posti dalla norma di riconoscimento, una norma **positiva** secondaria che riassume i criteri di validità-appartenenza all'ordinamento e che viene utilizzata (perché accettata dal punto di vista interno) per l'individuazione delle norme primarie, quali quelle che impongono obblighi.
- Un ordinamento **esiste** quando è in generale effettivo.
- non ha senso chiedersi se la norma di riconoscimento è valida o meno perché non ha senso chiedersi se il criterio di appartenenza all'ordinamento appartiene al suo stesso all'ordinamento (come non ha senso chiedersi se il metro campione sia esso stesso lungo un metro).



4. Validità

10

- Secondo il giusrealista A. Ross, invece, la validità non è una mera questione di procedura (come in Kelsen), ma è legata all'**effettività** della norma nella prassi, e specialmente a come i giudici la utilizzano e la interpretano nelle loro decisioni.
- la validità **della norma** include dunque due aspetti: 1) la **regolare conformità, osservabile esternamente**, rispetto a un modello di azione (**effettività**); 2) **l'esperienza di questo modello di azione come norma socialmente vincolante**.
- La validità **di un sistema di norme** significa secondo Ross che il sistema, in forza della sua **effettività**, può fungere da schema di interpretazione di un insieme corrispondente di atti sociali, così che si possa comprendere tali azioni come un tutto coerente di significato e di determinazioni, e possa inoltre consentire, entro certi limiti, di prevederle.
- Questa capacità all'interno del sistema è basata sul fatto che le norme sono nel complesso effettivamente osservate in quanto **sono sentite come socialmente vincolanti**.



4. Validità

11

- Critiche alle nozioni di validità delle principali concezioni del diritto:
 - il **giusnaturalismo** viene criticato perché unifica in un unico giudizio la questione morale della **giustizia** di una norma e la questione giuridica della sua **validità**.
 - Il **giusrealismo** viene accusato di trascurare e disconoscere la dimensione normativa interna del diritto riducendo la questione della **validità** all'indagine sulla **effettività** sociale. (Ciò però non vale per Ross).
 - Il **giuspositivismo** viene accusato di cercare nella validità delle norme un impossibile compromesso tra il giudizio relativo alla loro appartenenza al sistema normativo e quello relativo alla loro effettività.



4. Validità

12

- La validità degli **atti giuridici** e le categorie concettuali contigue: **efficacia, esistenza** e, per converso, inefficacia, nullità, annullabilità eccetera.
- La validità degli atti giuridici studiata, ad esempio, dalla dottrina civilistica italiana, è la stessa di cui si parla quando si allude alla conformità di appartenenza ai criteri stabiliti dall'ordinamento giuridico?
- Prima risposta: no → moltiplicazione dei concetti di validità come appartenenza, come perfezione di atti giuridici, come capacità di avere effetti nell'ordinamento ecc.
- Seconda risposta: sì
 - Come si spiega, allora, che alcuni atti non conformi ai criteri di appartenenza all'ordinamento giuridico possano continuare a produrre certi effetti giuridici? (es. un contratto stipulato da un minore o un interdetto che produce effetti giuridici fino a quando non viene annullato con una sentenza del giudice).
 - risposta: gli effetti che tali atti producono derivano dall'applicazione di altre norme valide che ne «salvano» alcuni effetti fino alla dichiarazione formale di invalidità.



5. Le norme giuridiche come parti di ordinamenti

13

- Secondo una teoria diffusa, non tutte le disposizioni giuridiche che si trovano formulate in separati testi normativi, per esempio in singoli articoli di legge o loro commi, esprimerebbero dei **significati normativi completi**.
- In altri termini, alcune disposizioni normative non esprimerebbero norme, ma **frammenti di norme**. Vi sarebbero dunque:
 - Norme che risultano dal **combinato disposto** tra diversi enunciati normativi
 - Disposizioni giuridiche che **non** esprimono norme riguardanti **direttamente** un comportamento umano, ma producono un effetto giuridico → Vanno integrate con le disposizioni che obbligano a riconoscere quegli effetti giuridici.
 - Ad esempio le norme che stabiliscono la nullità di un contratto sarebbero frammenti della norma che consente di non tener conto degli effetti di quel contratto.
- Autori come Kelsen o Ross affermano che vi sono disposizioni che regolano sì azioni umane, ma non hanno senso o scopo indipendenti rispetto ad altre norme.
 - Ad esempio una norma del codice di procedura penale non ha scopo o senso di per sé, ma solo in quanto concorre a produrre la norma-sentenza individuale che regola un comportamento non esclusivamente interno al processo.



5. Le norme giuridiche come parti di ordinamenti

14

- Kelsen chiama «secondarie» quelle che non sarebbero norme autonome ma solo frammenti di norme giuridiche primarie regolanti l'applicazione della coazione, le cui prescrizioni finali esse contribuiscono a precisare e a produrre .
- Gli ordinamenti sarebbero dunque dei fasci di norme coattive, ciascuno di enormi dimensioni, che prescrivono ai giudici di applicare la sanzione a certe condizioni estremamente complesse e articolate.
 - Queste norme giuridiche primarie compiute sarebbero in effetti ciascuna un'enorme sezione verticale dell'intero ordinamento giuridico , dato che comprendono tutto ciò che è rilevante all'applicazione della sanzione in ciascun singolo caso.
 - pertanto la singola vera norma comprenderebbe una parte di norme costituzionali, che hanno permesso la creazione della legge, norme di legge sostanziale, procedurale, regolamenti applicativi rilevanti eccetera
 - una norma è insomma tutta quella parte del diritto che il giurista deve tener presente per risolvere un caso
- Hart, tra gli altri, nega che questo sia l'unico approccio possibile al diritto perché questo, mediante le sue norme, svolge nella vita sociale anche **altre funzioni non riducibili a quella coattiva**
 - Inoltre, secondo Hart, deve essere possibile descrivere il diritto in modo **più semplice**.



5. Le norme giuridiche come parti di ordinamenti

15

- Preferibile ai complicati concetti kelseniani di nomostatica e nomodinamica appare la distinzione tra un senso di ordinamento inteso come:
 - Ordinamento **diacronico**: la somma di tutte le trasformazioni nel tempo di un gruppo di norme individuato come tale dalla permanenza della sua norma fondamentale.
 - Ordinamento **sincronico**: un ordinamento diacronico preso in un singolo momento della sua esistenza.



6. Aspetti degli ordinamenti giuridici

16

- Oggi è relativamente desueta la tesi secondo cui gli ordinamenti giuridici sono **completi** e **coerenti**.
- **Completezza**: l'assenza di lacune; **Coerenza**: l'assenza di antinomie.
 - Le tesi della completezza e della coerenza costanti o necessarie: il diritto sarebbe completo e/o coerente **per definizione** (imperativismo, primo positivismo giuridico e processo di codificazione)
 - Una tesi più convincente: **Completezza e coerenza** sarebbero (al limite) **proprietà contingenti degli ordinamenti giuridici**, o (più realisticamente) un **possibile obbiettivo di politica del diritto**.
 - La completezza e la coerenza si perseguirebbero mediante **metanorme** che prescrivono di interpretare o applicare le norme in modo da raggiungere tali obiettivi.
 - es: norme **di chiusura**, criteri giuridico-positivi per la **soluzione delle antinomie** o per **l'applicazione dell'analogia legis o dell'analogia iuris** (ricorso ai principi).
 - V'è poi una tesi circa la completezza così debole da apparire come un trucco linguistico: si può assumere che tutto ciò che non è regolato esplicitamente da una norma giuridica positiva è **irrilevante**, e tutto ciò che non è espressamente previsto come proibito o obbligatorio è **permesso**.



6. Aspetti degli ordinamenti giuridici

17

- Nella teoria dell'ordinamento giuridico si usa chiamare **norma superiore** la metanorma e **norma inferiore** la norma derivata, cioè prodotta nei modi o con i contenuti previsti dalla metanorma.
- Le norme di livello superiore istituiscono autorità e procedure per la creazione di altre norme di livello inferiore; il **rapporto gerarchico tra norme di livello diverso** si ha quando **le metanorme di livello superiore non possono essere modificate dalle norme di livello inferiore**.
 - Ad esempio, la legge istituisce e regola la competenza e i poteri dei giudici, ma non può essere modificata dai provvedimenti da costoro emessi.
 - N.B. la struttura a gradi dell'ordinamento e soprattutto il rapporto gerarchico **non sono caratteristiche necessarie, ma solo contingenti** degli ordinamenti giuridici contemporanei, e soprattutto degli ordinamenti statali.
- La struttura gerarchica dell'ordinamento è generalizzata da Kelsen, che individua i diversi gradi «orizzontali» della struttura di un ordinamento: costituzione, legge costituzionale, legge ordinaria, legge regionale, regolamento attuativo, sentenza, provvedimento amministrativo, atto negoziale tra privati ecc.
 - In tal modo si tenta di rendere sempre certa la posizione gerarchica relativa di due norme, anche appartenenti a diversi settori dell'ordinamento.



7. Norma fondamentale

18

- La **norma fondamentale** è la norma da cui dipende la validità di tutte le altre norme dell'ordinamento giuridico.
- Kelsen, che introduce questo concetto, la considera come una norma non posta bensì **presupposta**: una condizione trascendentale di pensabilità del diritto (reliquia di posizioni idealistiche neokantiane).
 - La formulazione della norma fondamentale sarebbe: «**La coazione deve essere posta nelle condizioni e nel modo che è determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati**» (ordinamento giuridico come insieme di norme sanzionanti).
 - La scienza giuridica **può presupporre** solamente quella norma fondamentale che conferisca validità a un ordinamento giuridico **nel suo complesso socialmente effettivo**.
 - Critica dei giusrealisti: se si decide di considerare come giuridici solo gli ordinamenti effettivi, tanto vale allora ammettere apertamente che si considera diritto soltanto il diritto effettivo, e fare a meno della nozione di norma fondamentale.



7. Norma fondamentale

19

- Hart modifica la nozione kelseniana di norma fondamentale e ritiene che ogni ordinamento giuridico possieda una **norma di riconoscimento** che riassume i criteri di individuazione delle altre norme dell'ordinamento.
- La norma di riconoscimento è una **norma giuridica positiva**, sia pure talora implicita o ricavabile dalla congiunzione di molte norme esplicite dell'ordinamento.
- Un diritto esiste solo se è nel suo complesso **effettivo** nella società, cioè **se la norma di riconoscimento che lo riassume e lo individua è generalmente osservata**.
- Ciò accade soprattutto quando i **giudici e funzionari adottano un punto di vista interno** rispetto a questa norma. La norma di riconoscimento è valida ed effettiva perché viene osservata dai funzionari, come giudici e agenti di polizia, che la utilizzano per determinare se altre norme appartengono al sistema e sono quindi vincolanti.



8. Fonti del diritto

20

- Con l'espressione metaforica **fonti del diritto** si indicano gli **atti o i fatti da cui scaturisce il diritto**.
- Secondo le concezioni normativistiche, le fonti del diritto sono (meta)**norme che stabiliscono i criteri di appartenenza e (dunque) i modi di produzione delle altre norme dell'ordinamento**.
- Secondo diverse forme di giusrealismo, vari tipi di fatti sociali possono essere autonome fonti del diritto.
- La concezione normativistica delle fonti del diritto come **metanorme** ha acquistato particolare rilevanza in seguito all'evoluzione del diritto moderno, con il processo di **giuridicizzazione delle stesse attività di creazione del diritto**, che in altre culture giuridiche appaiono indistinguibili dall'attività politica informale.
- Ciò è particolarmente evidente nel caso delle **costituzioni** scritte e rigide che, negli ordinamenti contemporanei, stabiliscono tassativamente (e in modo relativamente certo) **l'elenco delle fonti del diritto**.
- Il processo di produzione del diritto a livello generale e astratto **non è qualitativamente diverso dal processo di applicazione dello stesso a livello particolare e concreto**: abbiamo sempre norme prodotte secondo altre norme. Cambia, casomai, il grado di discrezionalità nella determinazione dei contenuti delle nuove norme.



9. Rivoluzione giuridica

21

- Una **rivoluzione giuridica** è l'abbattimento di un ordinamento giuridico e l'instaurazione di un nuovo ordinamento.
- Una rivoluzione giuridica avviene ogniqualvolta si comincia a produrre nuovo diritto in modi **non previsti** dal precedente ordinamento (dunque invalidi, illegittimi o addirittura delittuosi).
 - Ciò può avvenire perché nuovo diritto è creato da autorità o tramite procedure non previste dall'ordinamento precedente.
 - Non è dunque necessario che una rivoluzione giuridica si accompagni a sconvolgimenti politici e sociali.
 - Rivoluzione giuridica è sia quella «dal basso» sia il *colpo di Stato* da parte di organi dell'ordinamento precedente, e sia il cambiamento repentino e violento sia quello pacifico e graduale.
- Perché una rivoluzione giuridica si compia è inoltre indispensabile che il nuovo diritto **prevalga** nella società, ossia diventi diritto vigente: **il nuovo ordinamento deve essere non solo proclamato, ma anche effettivamente instaurato e osservato** (anche se molti contenuti del nuovo diritto possono essere gli stessi del vecchio).



9. Rivoluzione giuridica

22

- Mentre per la teoria giuridica, il concetto di rivoluzione è unitario, le scienze storico-politiche e sociologiche distinguono **diversi tipi di rivoluzione**:
 - diverse quanto al **metodo** (violento o non violento),
 - al **soggetto attivo** (masse, élites, militari ecc.),
 - **all'obiettivo** (dominio di una classe, mutamento di forma di governo, raggiungimento di uno specifico obiettivo politico),
 - alla **giustificazione** (economica, nazionale, religiosa ecc.).
- Alcuni teorici del diritto che danno maggiore importanza alla giustizia considerano la rivoluzione giuridica come un sintomo di rigetto e resistenza al diritto da parte dei suoi destinatari.
 - Il tema della rivoluzione si trasforma in quello del diritto alla resistenza o dell'obbligo di disobbedienza



9. Rivoluzione giuridica

23

- Il ruolo dei giuristi nella rivoluzione giuridica.
 - Soprattutto nei casi in cui una rivoluzione giuridica si accompagna a una vera rivoluzione politica o sociale, l'effettività del vecchio e del nuovo ordinamento è spesso incerta per un tempo considerevole.
 - La scelta dei giuristi sembra allora essere un fattore che influisce sulla prevalenza di un ordinamento, piuttosto che una conseguenza di quella prevalenza.
 - Si dubita che la scelta del giurista sia basata sulla semplice rilevazione dell'effettività, piuttosto che su prese di posizione politiche, morali o comunque pratiche.
 - l'accertamento dell'effettività è infatti sempre un'operazione estremamente onerosa sul piano della rilevazione empirica e sociologica.
 - Nei discorsi dei giuristi non si trova alcuna traccia di questa attività di accertamento empirico che dovrebbe precedere la individuazione della norma fondamentale effettiva e la conseguente qualificazione di qualcosa come diritto vigente.



10. Formalismo pratico

24

- I giuristi vengono sovente accusati di essere «formalisti». Li si accusa cioè di dare più importanza alla «forma» che alla «sostanza» delle questioni giuridiche.
 - Spesso ciò implica la critica di una specifica teoria dell'interpretazione che si chiama «formalismo interpretativo», di cui parleremo più avanti.
 - In altri casi, ci si riferisce al fatto che i giuristi non decidono in base al merito di ogni singolo caso, ma in base a **norme predeterminate**. Li si accusa allora di «formalismo pratico»
- Il **formalismo pratico** è dunque la tecnica di scelta pratica basata su **criteri normativi predeterminati** e (almeno di solito) **generali e astratti**.
 - I giuristi scelgono le ragioni pratiche mediante le quali giustificare le loro scelte d'azione per lo più attraverso delle **norme che prestabiliscono il da farsi in certe classi di casi**.
 - Tali classi di casi possono essere determinate con riferimento ai soggetti, ai comportamenti, alle circostanze che li caratterizzano.



10. Formalismo pratico

25

- Il formalismo pratico si oppone alla decisione «caso per caso», e considera le norme contemporaneamente come **ragioni per agire** (decidere) e per **non** considerare altre possibili ragioni a favore o contro la scelta prescritta dalla norma.
- Decidere in maniera formalistica significa decidere **in base a un metro precostituito di giudizio applicando una norma a tutti i casi che ricadono nel suo ambito**: anche a quelli in cui parrebbe equo o ragionevole discostarsene.
- Nel diritto, le norme sulla base delle quali decidere formalisticamente, a loro volta, vengono scelte **non già liberamente**, per il loro presunto merito individuale, **ma mediante norme generali e astratte che prescrivono i criteri di scelta (metanorme)**.
- L'ordinamento giuridico, da questo punto di vista, può essere considerato come una enorme macchina mentale che serve a **determinare in chi lo accetta** (dal punto di vista interno) **la scelta di come agire**.
- Questa macchina resta del tutto inoperante per tutti coloro che **non accettano l'ordinamento stesso**; costoro però possono essere riguardati, anche fortemente, dalle azioni di quanti invece accettano l'ordinamento.



10. Formalismo pratico

26

- Il campo del diritto, specie quello moderno e contemporaneo, è quello in cui il formalismo pratico ha avuto il suo massimo, sistematico e più visibile sviluppo.
- L'intero diritto contemporaneo può infatti essere considerato come un **sistema chiuso di giustificazioni normative**: ciò significa che nel diritto contemporaneo qualunque **argomento normativo** a favore di una qualunque scelta d'azione non viene assunto senz'altro in base ai suoi meriti, comunque essi siano misurati, ma solo se risponde ai **criteri di accesso** stabiliti dall'ordinamento giuridico (metanorme).
 - Tali criteri tipicamente fanno riferimento non solo al **contenuto** della norma ma a requisiti di procedura e di competenza.
- I **requisiti di procedura** stabiliscono che una norma appartiene all'ordinamento solo se è stata prodotta nei modi previsti, che possono essere sia fatti sia azioni di qualunque tipo e varietà
 - es: procedure parlamentari, procedimenti amministrativi, processi giudiziari
- i **requisiti di competenza** stabiliscono che una norma è valida solo se è posta da certe persone o gruppi di persone (autorità investite di poteri giuridici, privati nell'esercizio dell'autonomia privata ecc.)



10. Formalismo pratico

27

- L'utilità del formalismo consiste soprattutto nel cercare di evitare che si protraggano indefinitamente due tipi di controversie:
 1. Si risolve il dubbio su **quali siano le norme giuridiche da scegliere come guida dell'azione** giuridica, perché l'esercizio di tale scelta generale viene affidato al **legislatore**, ossia a organi selezionati anch'essi da norme giuridiche;
 2. si risolve il dubbio su **quali siano le migliori applicazioni dalle norme generali così individuate**, perché l'esercizio del potere di applicare il diritto ai casi concreti viene affidato al potere amministrativo o giudiziario e analogamente delimitato da competenze e procedure.
- Critiche al formalismo pratico
 1. L'impiego di norme o di norme con certi contenuti, in determinate circostanze, può risultare disfunzionale al raggiungimento di certi obiettivi;
 2. Lo scettico interpretativo ritiene impossibile che le norme guidino effettivamente il comportamento perché ritiene che una totale libertà di scelta viene interamente riacquistata dall'interprete al momento dell'interpretazione e applicazione della norma generale e astratta al caso concreto.



10. Formalismo pratico e interpretativo

28

- Il **formalismo interpretativo** è la fiducia circa la possibilità di individuare un significato oggettivo delle parole e dei discorsi nei testi normativi presi in isolamento.
- dà l'illusione al giurista che le parole di un testo normativo possano guidare interamente le scelte pratiche, cosicché chi accetta un testo giuridico come guida d'azione non avrebbe bisogno di compiere ulteriori scelte pratiche interpretative.
- Il formalismo interpretativo, attribuendo al testo legislativo capacità che esso non ha e non può avere, **apre in realtà la strada a usi e abusi interpretativi di ogni tipo, in cui il senso preferito dall'interprete viene contrabbandato come l'unica interpretazione corretta.**
- Il formalismo interpretativo, dunque, lungi dall'essere un'esplicazione del formalismo pratico, ne rappresenta in realtà la **negazione**, giacché finisce per autorizzare l'interprete a presentare quella che è in realtà una **sua particolare scelta interpretativa discrezionale** come l'unica soluzione conforme alle norme vigenti.